



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, lunes, quince de mayo de dos mil veintitrés

Aprobado mediante acta número 0061 del ocho de mayo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la Fiscal 74 Seccional de Medellín, conoce en segunda instancia esta Colegiatura el fallo absolutorio proferido el 26 de noviembre de 2021 por el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín, a favor del acusado DIEGO HERNANDO ZAPATA CÓRDOBA, vinculado a esta carpeta por la autoría del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en la modalidad de llevar consigo.

1. ANTECEDENTES

Hacia las 8:35 de la mañana del 11 de enero de 2020, en vía pública del barrio Trinidad de esta ciudad, patrulleros de la Policía Nacional que cumplían labores de vigilancia en ese sector interceptaron al señor DIEGO HERNANDO ZAPATA CÓRDOBA y lo sometieron a una inspección corporal, hallándole 174.2 gramos de cocaína que llevaba embalada en pequeñas bolsas, por lo que lo privaron de la libertad y lo pusieron a disposición de la Fiscalía.

Ese mismo día fue presentado ante el Juez 39 Penal Municipal con funciones de control de garantías, quien verificó la legalidad de la captura y avaló la formulación de imputación por la autoría del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en la modalidad de llevar consigo, cargo que no aceptó el imputado. La Fiscalía declinó la medida de aseguramiento.

Luego de radicado el escrito de acusación, el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, el 03 de abril de 2021, instaló la audiencia en la que la Fiscalía formuló oralmente la acusación sin modificaciones a la imputación. El 24 de junio de ese mismo año se celebró la preparatoria. El juicio oral se llevó a cabo en 6 sesiones entre el 9 de agosto y el 26 de noviembre de 2021, fecha última en la que se emitió el sentido del fallo de inocencia.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El sentenciador de primera instancia afirma que, a través de estipulaciones, se tiene certeza de la identidad del

acusado y la naturaleza y cantidad de estupefaciente que le fue encontrado por parte de los policiales, empero, destaca que no se probaron todos los elementos del tipo penal que se le endilga a ZAPATA CÓRDOBA, concretamente el verbo rector llevar consigo en los términos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, radicado N° 44997 de 2017, según la cual, resulta trascendental y necesario en este núcleo rector la verificación del propósito relacionado con la distribución de la sustancia, so pena de generar un riesgo abstracto para el interés jurídico tutelado por la ley, carga probatoria que corresponde a la Fiscalía, lo que no cumplió certeramente en este caso concreto la representante del ente persecutor.

Destaca que, en el evento bajo estudio, cuando los agentes policiales interceptaron al acusado con la droga ilícita, éste se encontraba sin ningún acompañante, en un lugar solitario con ausencia de transeúntes y que nada lo muestra certeramente en actividades de venta o distribución del estupefaciente, lo que impide una conclusión cierta sobre el destino de esta sustancia. Tampoco resulta suficiente como indicio el hecho de que el alijo estuviera empacado en pequeñas bolsitas, pues ello no significa necesariamente que el acusado lo estaba distribuyendo. La conclusión es que no se ha superado la duda razonable y por tanto no se puede proferir juicio de reproche contra el inculpatado.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.

La Fiscal 74 Seccional cuestiona los argumentos de la judicatura de primera instancia para absolver el acusado y le solicita a este estrado de segunda instancia la remoción de la

exoneración de responsabilidad del procesado, para, en su lugar, darle paso a la condena. Estos son sus argumentos:

Los testigos de la defensa afirmaron que el acusado se encontraba afuera de una chatarrería, donde había cuatro personas más, y, sin justificación alguna fue inculcado por la tenencia de una bolsa contentiva de estupefacientes. Lo extraño es que si éste no era el tenedor de ese elemento, ninguno hubiera reaccionado ni grabado el irregular procedimiento policial, ni se hubiese hecho manifestación alguna en las audiencias preliminares, ni dejado constancia en el acta de incautación; tampoco que alguna de esas cuatro personas hubiese ido a la estación de policía donde fue llevado el capturado y tampoco el patrono en la chatarrería hubiera hecho algo a su favor, pues no es esta la actitud de quienes han presenciado una captura ilegal. Significa lo anterior que la defensa no desvirtuó la prueba de cargo de la Fiscalía.

De otro lado, el sentenciador primario consideró que el acusado era adicto a esa clase de sustancias y que la sustancia que llevaba estaba destinada a su consumo, cuando ningún medio de conocimiento respaldó esta afirmación; y así lo fuera, esa sola circunstancia no lo exime de responsabilidad en la conducta de llevar consigo el estupefaciente. Si el juzgador consideraba que el inculcado no llevaba la sustancia en cuestión, debió absolverlo por inexistencia de la conducta, no por duda probatoria en punto de la destinación de la misma. En consecuencia, no es correcto darle credibilidad a los testigos de la defensa a quienes nada se les preguntó sobre la posesión de la droga ilícita, sino solo frente a las circunstancias de la captura.

Tampoco está de acuerdo con el valor suasorio que la primera instancia dio a los testimonios de los policiales, que son contundentes en demostrar la captura del acusado en posesión de la cocaína, con fines de comercialización. Destaca que los uniformados no tenían motivos para incriminar falsamente al procesado, pues ni siquiera lo conocían. Además, con los medios de convicción que la Fiscalía aportó al juicio oral, no queda duda alguna de la responsabilidad del señor DIEGO HERNANDO ZAPATA CÓRDOBA.

Finalmente, afirma que la cantidad de estupefaciente incautado (174.2 gramos de cocaína) es relevante como soporte de la finalidad de distribución, tal como lo señala la sentencia N° 44997 de 2017, pues, aunque no se le hallaron instrumentos o elementos propios de la distribución ni cantidades de dinero, la dosis del estupefaciente sí pudiera determinar la finalidad de distribución.

4. LOS NO RECURRENTES

La defensa solicita la ratificación de la sentencia absolutoria argumentando que la Fiscalía General de la Nación no demostró en lo más mínimo el propósito de comercialización de la sustancia ilícita por parte del señor DIEGO HERNANDO ZAPATA CÓRDOBA. Destaca que éste, durante el procedimiento de captura, sí les indicó a los policiales que la bolsa no era suya; que éste es inocente porque no llevaba consigo el estupefaciente; y que se trató un procedimiento arbitrario de los funcionarios de la Policía Nacional.

5. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Colegiatura para conocer, por vía de apelación, el fallo absolutorio proferido en esta carpeta por el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín, adscrito a este Distrito Judicial.

A pesar de las fuertes falencias en la sustentación del recurso por parte de la Fiscalía, estima la Sala que el escrito contiene el mínimo argumentativo para desatar la alzada.

En efecto, la censora en esencia no atacó el argumento principal del sentenciador de primera instancia para absolver al acusado ZAPATA CÓRDOBA, referente a que la Fiscalía no aportó medio de conocimiento alguno que demostrara con suficiencia la finalidad de comercialización de la sustancia estupefaciente, tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para darle sentido y razonabilidad al verbo rector *llevar consigo* que le fue imputado al procesado. Centró la discusión en la demostración del simple porte de la droga, controvirtiendo a los testigos de la defensa que afirmaron que ZAPATA CÓRDOBA no la llevaba consigo, olvidando la finalidad de ese porte, que fue el motivo principal de la decisión.

Desde la sentencia N° 41760 de 2016, la Corte Suprema de Justicia afirmó lo siguiente en punto del problema jurídico principal en este proceso:

*"La Corte considera que ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, **de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia....sin que dependa de la cantidad de droga que les sea hallada...**"*

Como se puede apreciar, se trata de una nueva perspectiva jurisprudencial que involucra en la discusión el tema de la finalidad con la cual es portada la sustancia estupefaciente por parte de la persona que es sorprendida en posesión de la misma, la que debe examinarse en sede de tipicidad como ingrediente subjetivo, de tal suerte que, si ese propósito apunta al consumo, sin importar la cantidad, estaremos frente a una conducta atípica. Claro está que no estaríamos hablando de cantidades desproporcionadas y exageradas que superen, racionalmente, las necesidades de consumo de la persona adicta.

Pero la Corte fue más allá en el precedente analizado, en cuanto a la presunción legal que contiene el artículo 376 del Código Penal, modificado por el 11 de la Ley 1453 de 2011, al asignarle a la Fiscalía la carga de la prueba en punto de la demostración de la finalidad del porte de la sustancia, diferente al propio consumo de quien la lleva consigo. Textualmente dijo:

"En ese Acto Legislativo, como ya se reseñó, se distingue al consumidor y la conducta del delincuente que fabrica, trafica y distribuye las drogas ilícitas, garantizando a los primeros la protección del derecho a la salud pública.

Al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P.

De ahí que tratándose de consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con esa específica finalidad no pueden ser judicializados por la justicia penal y su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.

Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado, dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite prueba en contrario.

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto e enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla,

llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal”.

De lo anterior se infiere que la cantidad de estupefaciente materia de incautación debe examinarse en cada caso concreto, sin sujeción a las cantidades señaladas por la Ley 30 de 1986, siendo carga de la Fiscalía probar que lo incautado no es para el consumo de quien lo lleva consigo, es decir, que tiene una finalidad diferente.

Al respecto, recientemente la Alta Corporación reiteró en la necesidad de analizar la intención o el propósito de quien es hallado llevando consigo sustancia psicotrópica en punto de determinar la efectiva lesividad de la conducta, además de que ahondó sobre la responsabilidad exclusiva de la Fiscalía de probar dicha finalidad en el porte de estupefacientes.

"En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725; en el sentido de considerar el ánimo –de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto¹, que son aquellos ingredientes de

¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.

*Por último, **importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible.***² (Negritas fuera del texto original).

En el caso bajo examen tenemos que, tal como lo expone el Juez sentenciador de primer grado, la Fiscalía no aportó ningún medio de convicción que permitiera probar el propósito del acusado de comercializar o distribuir la ilícita droga. Todo su esfuerzo investigativo y sus argumentos ante esta instancia apuntan a la demostración de la posesión de la sustancia en cabeza de éste; apenas si mencionó que la forma en la que estaba empacada la cocaína y su cantidad, permite inferir que estaba destinada a la

² Sentencia 44997 del 11 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

venta lo que no resulta suficiente para despachar el juicio de reproche en su contra.

De conformidad con lo expuesto en los acápites precedentes, encuentra la Sala que la tesis planteada por el sentenciador de primera instancia encuadra con lo dispuesto en las sólidas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, pues más allá de que en este evento no se hubiera demostrado la calidad de adicto del acusado, con los medios de conocimiento allegados al proceso tampoco es posible concluir que la sustancia incautada al referido ciudadano estaba destinada a un fin diferente a su consumo personal.

Lo anterior porque la Fiscalía, en su plan de trabajo metodológico, no desarrolló ninguna labor investigativa para lograr establecer que el señor DIEGO HERNANDO ZAPATA CÓRDOBA llevaba consigo el estupefaciente con el propósito de trafcarlo en cualquiera de sus modalidades y no para su propio consumo, siendo su obligación constituir dicha prueba.

En consecuencia, como la cantidad de droga ilícita que le fue hallada al procesado supera de manera significativa, pero no desmedida, la dosis personal, y no existe medio de conocimiento que indique que el inculpatado se disponía a venderla o distribuirla a otras personas, la conducta resulta atípica, tal como lo viene señalando la jurisprudencia citada a lo largo de este proveído, razones por las cuales se confirma el fallo objeto de apelación.

Finalmente, se aclara que la discusión que planteó la censora acerca de la demostración de la real posesión de la

cocaína por parte del señor DIEGO HERNANDO ZAPATA CÓRDOBA, aunque no constituye el problema jurídico principal puesto a consideración de esta segunda instancia, si fue resuelto por el operador judicial de primer nivel indicando que se presentan dudas en torno a si el acusado fue hallado en posesión de la sustancia ilícita.

Al respecto, se destaca que tiene razón el a-quo pues, los testimonios de los policiales afirman al unísono que efectivamente ZAPATA CÓRDOBA tenía en su poder la bolsa que contenía la droga, pero la arrojó al piso cuando observó la presencia policial, mientras que los tres testigos de la defensa afirman lo contrario: que aquel no tenía la bolsa porque cuando llegó la Policía estaban trabajando en la chatarrería. Son relatos contrarios sin que alguno de ellos hubiera recibido corroboración por algún otro medio de conocimiento, pues la Fiscalía no aportó los registros de las cámaras de seguridad que se encuentran en el lugar, todo lo cual genera razonables dudas en torno a este problema jurídico de la posesión del alijo, tal como lo expresó el operador judicial de primera instancia.

Sin embargo, reiteramos, el problema jurídico principal apunta a la carencia total de medios de convicción acerca de la finalidad que hubiera podido tener el acusado con dicha sustancia. No puede olvidarse que, en su testimonio, afirmó que es consumidor de estupefacientes desde hace 20 años.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 por el Juez Trece Penal del Circuito de Medellín al interior de esta carpeta.

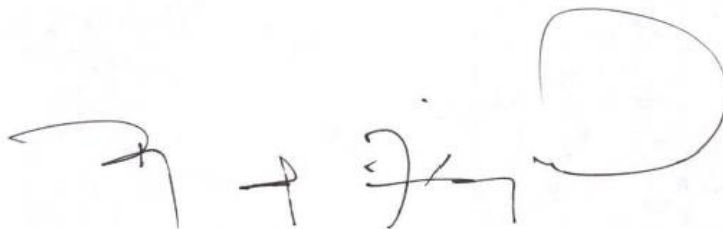
SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado